



EKSISTENSI DELIK ADAT DAN IMPLEMENTASI ASAS LEGALITAS HUKUM PIDANA MATERIIL INDONESIA

Warih Anjari

Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta
Jl. Sunter Podomoro Jakarta Utara
a.warih11@gmail.com

Abstract

Principle of legality and application custom offenses are two things contradictory. Principle of legality is formalistic, while customary offense is sociological. If both are held together then it founded points. Custom offenses are accommodated in the courts and the revision of the Indonesian Criminal Code. Problems in this paper are: "existence of indigenous delict in Indonesia's material criminal law. And conceptualize the legality principle for Indonesian Criminal Code that can accommodate customary offense". Customary is recognized in Indonesian formal law. To accommodate customary offenses, the principle of legality extends its application, which includes formal and material legality principles. Application principle of material legality with the terms: contextual; penalty doesn't conflict with Pancasila; restrictions on legal subjects; primum remedium in certain cases.

Key words: Existence of Customary Offense, Principle of Formal and Material Legality

Abstrak

Asas legalitas dan penerapan delik adat dalam hukum pidana materiil merupakan dua hal yang bersifat kontradiktif. Asas legalitas bersifat formalistik (positivistik) sedangkan delik adat bersifat sosiologis. Apabila keduanya dilaksanakan bersamaan maka harus ditemukan titik singgung agar dapat berjalan seiring. Dalam praktek, delik adat diakomodir dalam yurisprudensi pengadilan dan revisi KUHP di Indonesia. Permasalahan dalam tulisan ini adalah: Bagaimanakah eksistensi delik adat dalam hukum pidana materiil Indonesia?, dan Bagaimanakah konsep asas legalitas untuk KUHP Indonesia yang dapat mengakomodir delik adat? Delik adat diakui dalam hukum formal Indonesia. Untuk mengakomodir delik adat, maka asas legalitas diperluas penerapannya, yang meliputi asas legalitas formal dan material. Penerapan asas legalitas material dengan syarat: kontekstual; pidana yang dijatuhkan tidak bertentangan dengan Pancasila; pembatasan subyek hukum; bersifat primum remedium dalam kasus tertentu.

Kata kunci: Eksistensi Delik Adat, Asas Legalitas Formal dan Materiil

A. Pendahuluan

Asas legalitas merupakan salah satu asas fundamental dalam hukum pidana materiil Indonesia. Disamping asas legalitas terdapat asas fundamental lainnya yaitu asas culpabilitas. Dalam perkembangannya asas legalitas mengalami perubahan yang mendasar. Penerapan asas legalitas terjadi degradasi kekuatan mengikatnya. Degradasi asas legalitas karena adanya hukum kebiasaan yang digunakan sebagai dasar pemidanaan.

KUHP memandang, hukum kebiasaan

sebagai dasar pemidanaan diatur dalam Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil. Kriteria penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan berdasarkan pasal tersebut adalah apabila suatu perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap sebagai perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingannya dalam kitab hukum pidana sipil

maka dapat dijatuhi pidana maksimum 3 bulan penjara, atau maksimum 10 tahun penjara. Namun jika perbuatan menurut hukum yang hidup dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingnya dalam kitab hukum pidana sipil maka dianggap diancam dengan hukuman yang sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip dengan perbuatan itu.

Sedangkan dalam pembaruan KUHP tahun 2015, memperkuat eksistensi hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan. Dalam pembaruan hukum pidana harus berorientasi pada nilai yang berkembang di masyarakat yaitu hukum pidana adat yang bersifat orisinal. (Anjari, 2015). Hal ini ditegaskan dalam Pasal 12 ayat (2) Konsep Perubahan KUHP 2015 yang menyatakan: “Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana suatu perbuatan yang diancam pidana oleh peraturan perundangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”. Artinya hukum kebiasaan dapat digunakan sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana. Untuk ancaman pidana, diintrodukirnya pidana berupa pemenuhan kewajiban adat sebagai pidana tambahan memperkuat eksistensi hukum kebiasaan. Hal ini diatur dalam Pasal 68 ayat (3): “Pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana”.

Di praktek pengadilan, terdapat keputusan pengadilan yang menerapkan hukum kebiasaan atau delik adat sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana.

No	Nomor Putusan	Deskripsi Kasus
1.	Putusan Nomor 93 K/Kr/1976 tanggal 19 Oktober 1977	Delik adat zina adalah perbuatan terlarang terlarang mengenai hubungan kelamin antara pria dan wanita, terlepas dari apakah perbuatan itu dilakukan di tempat umum atau tidak seperti disebutkan dalam Pasal 281 KUHP, dan terlepas apakah salah satu pihak sudah menikah atau belum sesuai syarat Pasal 284 KUHP.
2.	Putusan Nomor 427/Pid.2008/PT.MKS tahun 2009	Persetubuhan diluar perkawinan dengan orang yang sama-sama dewasa yang menurut hakim perbuatan tersebut tiada bandingnya dalam KUHP sehingga dasar pemidanaan bersumber dari hukum adat (pidana).
3.	Putusan Nomor 984 K/Pid/1996 tanggal 30 Januari 1996	Dalam putusan ini hakim menyatakan jika pelaku perzinahan telah dijatuhi sanksi adat atau mendapatkan reaksi adat oleh para pemangku desa adat maka tuntutan jaksa harus dinyatakan tidak diterima.
4.	Putusan Nomor 1600 K/Pid/2009	Dalam putusan ini menyatakan walaupun pencabutan perkara telah lewat waktu selama 3 bulan sesuai Pasal 75 KUHP, perdamaian yang terjadi antara pelapor dengan terlapor mengandung nilai yang tinggi harus diakui. Karena dengan perkara dihentikan, manfaatnya lebih besar dari pada dilanjutkan. Hal ini akan memulihkan keseimbangan yang terjadi karena adanya tindak pidana
5.	Putusan Nomor 536/Pid.B/2009/PN.PL tanggal 12 Januari 2010	Perbuatan bersetubuh dengan wanita yang bukan istrinya merupakan perbuatan zina berdasarkan hukum adat.

6.	Putusan Nomor 27/Pid/1983/PN.Luwuk jo Putusan Nomor 6/Pid/1984/PT.Palu jo Putusan Nomor 666 K/Pid/1984 tanggal 23 Februari 1985	Dalam putusan ini menyatakan bahwa perbuatan hubungan kelamin diluar perkawinan antara laki-laki dengan perempuan dewasa sehingga berakibat hamilnya si perempuan dikategorikan perbuatan zina menurut hukum adat.
7.	Putusan Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991	Dalam putusan ini menegaskan bahwa kasus pelanggaran adat yang dijatuhi hukuman atau sanksi adat yang dijatuhkan oleh kepala adat, tidak dapat diproses kembali menurut peradilan umum. Mahkamah Agung sebagai badan peradilan Tertinggi menghormati keputusan kepala Adat, dan tidak membenarkan Badan Peradilan Umum mengadili untuk kedua kalinya pelanggar hukum adat tersebut dengan cara memberikannya pidana penjara berdasarkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 jo Pasal-pasal KUHP

Tabel 1:
Putusan Pengadilan yang menerapkan delik adat

Penerapan delik adat atau hukum kebiasaan tidak hanya dilakukan oleh pengadilan lembaga negara. Beberapa pengadilan adat yang menerapkan delik adat terdapat dalam tabel dibawah ini.

No	Pengadilan Adat	Deskripsi Kasus	Sanksi
1.	Kenagarian Indrapura Kecamatan Pancung Soal Kabupaten Pesisir Selatan	Perbuatan zina	Proses penyelesaian tindak pidana zina menurut hukum pidana adat dilakukan dengan cara menegur dan menasehati si pelaku, apabila teguran tersebut tidak membuat si pelaku jera, maka proses penyelesaian akan dibawa ke pengadilan adat, apabila musyawarah yang dilakukan antar pihak tidak mencapai kata sepakat maka kepada si pelaku dapat diberikan sanksi berupa teguran, denda adat, pemenuhan kewajiban adat, buang sepanjang adat dan buang tingkarang
2.	Hukum Adat Kajang Kabupaten Bulukumba.	Perkawinan yang dilakukan tanpa restu kedua orang tua dan tidak memenuhi unsur-unsur perkawinan sebagaimana mestinya.	Sanksi yang diberlakukan tidak hanya kepada pelaku melainkan juga kepada keluarga dari pelaku. Bentuk sanksi ringan adalah dihapuskan dari hak waris, kedudukannya dianggap tidak ada dalam upacara adat, pemutusan tali silaturahmi, pengambilalihan tanah garapan, kepakatan utang piutang dihapuskan. Sementara sanksi berat adalah <i>appasala</i> , <i>sippattunwai</i> , dan <i>pattunuan passau</i> .
3.	Hukum Adat Enggros Tobati Papua.	Perbuatan yang mengganggu keseimbangan kehidupan masyarakat adat.	Ukuran berat ringannya pelanggaran didasarkan pada seberapa besar pelanggaran mengganggu perasaan kemanusiaan dan masyarakat Enggros Tobati.
4.	Hukum Adat Attambua	Kekerasan terhadap perempuan berupadiam-diam meninggalkan istri dan pemukulan terhadap istri. Kekerasan seksual Ingkar janji pernikahan	Denda adat berupa sopi, ternak babi, dan kain tenun. Dimaksudkan untuk permohonan maaf, pepulih, ikatan keluarga kembali baik, korban kembali mendapatkan kepercayaan, agar pelaku insaf dan berkumpul lagi dengan keluarga. Pelaku dimikahkan dengan korban Perempuan yang dibohongi oleh laki-laki, menerima hukuman harus membayar denda adat kepada keluarga isteri pelaku.
5.	Kupang	Istri berselingkuh dan melakukan kekerasan terhadap suami dan anak-anaknya.	Perempuan, pihak selingkuhannya dan pihak suami diminta membuat surat perjanjian dengan disaksikan tokoh agama setempat (pendeta), tokoh adat, pihak Rumah Perempuan dan polisi. Surat perjanjian tersebut dibuat di atas kertas bermeterai.
6.	Hukum Adat Waingapu Sumba Timur	Kekerasan terhadap keluarga	Diselesaikan dengan mediator yang harus berasal dari strata sosial yang sama atau lebih tinggi. Mediator ini pun biasanya berasal dari kalangan keluarga, dan perjanjian
7.	Kerapatan adat Nagari Minangkabau	Tindak pidana ringan	Pihak laki-laki harus membayar denda seperti hewan ternak atau emas kepada pihak keluarga perempuan.

Terjadi pergeseran dalam penerapan dasar penjatuhan pidana, dimana hukum adat semakin kuat eksistensinya. Bahkan eksistensi hukum adat telah ada, lahir dan berkembang di bumi Indonesia sudah sejak lama. (Mulyadi, 2013) Hukum kebiasaan (delik adat), tidak diatur dalam KUHP. Sedangkan dalam konsep perubahan KUHP hukum kebiasaan (delik adat) telah diatur secara normatif yaitu dalam Pasal 12 ayat (2) dan Pasal 68 ayat (3) Konsep Perubahan KUHP 2015. Pergeseran implementasi dasar pembedaan ini tidak berubah total berdasarkan hukum kebiasaan. Hanya terjadi penguatan keberadaan hukum kebiasaan (delik adat) yang diatur secara normatif dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Sehingga terjadi degradasi kekuatan asas legalitas. Pembedaan tidak semata-mata berdasarkan peraturan perundangan saja, namun hakim dapat menjatuhkan pidana berdasarkan hukum yang hidup dimasyarakat.

Dalam kaitan ini, penulis tertarik untuk menganalisis lebih lanjut dengan permasalahan sebagai berikut: 1. Bagaimanakah eksistensi delik adat dalam hukum pidana materiil Indonesia?; 2. Bagaimanakah konsep asas legalitas untuk KUHP Indonesia yang dapat mengakomodir delik adat?

B. Pembahasan

1. Eksistensi Delik Adat dalam Hukum Pidana Materiil Indonesia

KUHP merupakan warisan dari Belanda yang belum mengalami perubahan signifikan sesuai dengan kultur bangsa Indonesia. Sekarang ini sedang dilakukan perubahan secara keseluruhan. Sehingga lahir konsep KUHP 2015. Perubahan KUHP merupakan bagian dari politik hukum. Hukum atau peraturan perundangan merupakan produk politik. Politik hukum (*legal policy*) merupakan arah hukum yang diberlakukan oleh negara untuk mencapai tujuan negara yang bentuknya dapat berupa pembuatan hukum baru atau pembuatan hukum lama (Mahfud MD dalam Anna Triningsih, 2016). Sehingga perubahan undang-undang atau substansi hukum untuk

melakukan reformasi hukum merupakan bagian dari politik hukum.

Penggunaan hukum pidana untuk penyelesaian persoalan di masyarakat merupakan salah satu upaya untuk mensejahterakan rakyat. Reformasi hukum (pidana) berkaitan dengan kebijakan/politik kriminal. Kebijakan kriminal/politik kriminal adalah usaha untuk mensejahterakan rakyat. Tujuan akhir atau utama dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat, karena upaya penanggulangan kejahatan pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defense*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). (Arief BN, 2014). Sehingga kebijakan kriminal merupakan bagian dari politik sosial yang berupaya untuk mensejahterakan masyarakat.

Kebijakan kriminal harus dilakukan dengan pendekatan yang bersifat integral atau komprehensif. Hal ini diterangkan dalam Deklarasi Wina Konggres PBB X Tahun 2000. (Arief, BN, 2014). Oleh karena itu kebijakan kriminal harus dihindarkan dari dampak negatif terhadap kebijakan sosial, karena dimungkinkan melahirkan faktor *kriminogen* dan *victimogen*. Penegasan ini tercantum dalam Deklarasi Bangkok Konggres PBB XI Tahun 2005. (Arief, BN, 2014). Pembangunan dapat bersifat kriminogen atau dapat meningkatkan kriminalitas apabila (Arief, BN, 2014): a. Tidak direncanakan secara rasional; b. Perencanaan timpang atau tidak seimbang; c. Mengabaikan nilai kultural dan moral; dan d. Tidak mencakup perlindungan masyarakat yang integral.

Kebijakan kriminal di Indonesia berdasarkan Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional 2015-2019. Terdapat dua landasan pokok dalam pelaksanaan pembangunan politik hukum nasional yaitu landasan idiil dan landasan operasional (BPHN, 2012). Landasan idiil merupakan norma dasar dalam berbangsa dan bernegara yaitu hukum yang berdasarkan Pancasila. Sedangkan landasan operasional terdiri dari: 1) hukum yang adil dan mensejahterakan; 2)

hukum yang memperkuat demokrasi; 3) hukum yang melindungi HAM; 4) hukum yang memperkuat NKRI; 5) hukum yang ber-Bhineka Tunggal Ika; dan 6) hukum yang melindungi bangsa dan tumpah darah Indonesia.

Berkaitan dengan putusan pengadilan yang memperkuat eksistensi delik adat atau hukum kebiasaan, hal ini merupakan perwujudan dari kekuasaan kehakiman di Indonesia. Hakim di Indonesia harus menggali nilai-nilai yang ada dimasyarakat dan tidak boleh menolak suatu perkara karena peraturannya tidak ada. Secara normatif diatur dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang disebutkan dalam pasal-pasal tersebut merupakan bagian dari kebijakan kriminal. Penerapan delik adat atau kebiasaan merupakan upaya penggunaan nilai kultural yang ada dimasyarakat untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi.

Penerapan hukum kebiasaan dalam putusan pengadilan yang penulis kemukakan pada bagian terdahulu dan perubahan dalam KUHP 2015 merupakan implementasi dari kebijakan hukum (pidana). Terhadap perubahan KUHP 2015 yang berupa penerapan delik adat sebagai dasar pemidanaan dan penjatuhan sanksi adat telah diintrodusir sebagai norma yang bersifat umum, yang akan mengikat jika telah disahkan. Pengkondisian ini tidak terlepas dari kebijakan kriminal yang diterapkan untuk hukum adat dapat eksis dan dijadikan norma. Disamping itu, penerapan delik adat dalam pengadilan negara dan pengadilan adat sejalan dengan landasan operasional perencanaan pembangunan hukum nasional periode 2015-2019 yaitu hukum yang ber-Bhineka Tunggal Ika dan hukum yang melindungi tumpah darah Indonesia.

Dalam melakukan reformasi hukum yang merupakan kebijakan atau politik kriminal dan bagian dari politik sosial, maka faktor *kriminogen* dan *viktimogen* harus dihindarkan. Salah satu indikator munculnya kedua dampak negatif tersebut adalah pengabaian terhadap nilai kultural dan moral

yang ada dimasyarakat. Nilai kultural dan moral merupakan nilai-nilai yang hidup, tumbuh dan berkembang alamiah di masyarakat.

Konsekuensi lebih lanjut dalam melaksanakan reformasi hukum harus memperhatikan kepentingan masyarakat. Hukum apa yang sesuai dengan masyarakat akan lebih efektif dibandingkan dengan hukum yang dipaksakan keberlakuannya dalam masyarakat tertentu. Dalam hal demikian hukum harus dapat membumi dirasakan oleh masyarakat. Sehingga hukum akan selalu berproses untuk menyesuaikan dengan kondisi dan situasi masyarakat. Menurut Satjipto Rahardjo, hukum progresif adalah hukum untuk manusia dan bukan manusia dipaksa tunduk pada hukum sehingga membebaskan, membahagiakan, memuat moral kemanusiaan dan sebuah proses yang tidak final. (Syamsudin, 2011) Hukum progresif memiliki karakter yang progresif (Subarkah, 2015), yaitu: a. Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya memandang hukum selalu dalam proses menjadi (*law in the making*); b. Peka terhadap perubahan yang terjadi baik lokal, nasional, maupun global; c. Menolak status quo manakala menimbulkan dekandensi suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum. (Rahardjo & Warassih dalam Subarkah, 2015)

Substansi dari suatu hukum dapat berubah jika masyarakat membutuhkan untuk memenuhi kebutuhan kesejahteraan dan kebahagiaannya. Dalam hal ini hukum akan senantiasa berproses untuk memenuhi kebutuhan manusia. Tidak ada salahnya hukum selalu mengikuti perkembangan manusia. Bahkan aliran hukum progresif dapat digunakan untuk menggali nilai-nilai yang hidup dimasyarakat melalui penemuan hukum dengan batasan mutlak nilai-nilai Pancasila bagi hakim dalam melakukan penafsiran. (Christianto, 2011). Bahkan hukum progresif menghendaki cara

berhukum yang menghilangkan status quo, tetapi secara aktif berusaha menemukan hukum baru sehingga kehadiran hukum dapat lebih bermanfaat di masyarakat.

Oleh karena itu penegakan hukum khususnya penegakan hukum pidana, tidak hanya terbatas pada penegakan norma hukum pidana saja, tetapi penegakan akan nilai-nilai yang didalamnya mengandung hak dan kewajiban dalam lalulintas hukum (pidana). Penegakan model ini yang sesuai adalah melalui konsep penegakan hukum progresif. Hal ini karena hukum progresif selalu ingin setia pada asas besar bahwa hukum adalah untuk manusia.

Hukum pidana adat bersumber dari hukum kebiasaan masyarakat setempat. Hukum ini sebenarnya telah ada sejak masyarakat tersebut ada. Namun akibat penjajahan bangsa Eropa di Indonesia, hukum adat masyarakat setempat menjadi tidak banyak dipergunakan sebagai hukum negara. Perubahan dalam menggunakan hukum negara yang bersumber dari hukum Eropa ke dalam hukum adat berarti terjadi lompatan untuk dapat menggunakan hukum yang bersumber dari budaya sendiri. Penerapan hukum adat karena terjadi dinamika perubahan dalam kehidupan bangsa Indonesia.

Indonesia sebagai negara yang multi kultur, memungkinkan untuk melakukan pendekatan *legal pluralism*. Hal ini mendasarkan pada keragaman hukum kebiasaan atau hukum adat masing-masing daerah. Menurut von Savigny: "*A legal system was a part of the cultural of the people. Law was not the result of an arbitrary act of a legislator but developed as a response to the impersonal powers to be found in the people's national spirit. This call volksgeist*" (Von Savigny dalam Freeman: 2014) *Legal pluralism* akan terkait dengan kultur atau budaya hukum. Sedangkan budaya hukum merupakan salah satu bagian dari suatu sistem hukum disamping sub sistem lainnya yaitu sub sistem substansi hukum dan sub sistem struktur hukum.

Penerapan hukum pidana adat dalam putusan pengadilan dan perubahan KUHP Konsep 2015 memenuhi karakter hukum progresif. Dengan menerapkan hukum pidana

adat sebagai dasar pemidanaan maupun penerapan ancaman pidananya, dapat mengakomodir kebutuhan masyarakat setempat, dan menyelesaikan konflik sesuai dengan kondisi perkara dan keinginan masyarakat. Perubahan KUHP dan putusan pengadilan yang mengakomodir delik adat merupakan pembaruan hukum. Pembaruan hukum dalam konsep progresif bertujuan untuk membentuk hukum nasional bukan semata-mata melakukan pembaharuan *an sich*, akan tetapi ditujukan pada pembaruan hukum yang progresif yang merupakan konkretisasi dari sistem nilai yang berlaku dalam masyarakat. (Putuhena, 2013).

2. Konsep Asas Legalitas yang dapat mengakomodir hukum kebiasaan

Asas legalitas merupakan salah satu asas fundamental dalam hukum pidana. Keberadaaan asas ini, untuk melindungi warga dari kesewenang-wenangan penguasa. Disisi lain asas ini mempersulit keberadaaan hukum kebiasaan yang tidak tertulis dan tumbuh secara alamiah dalam masyarakat. Adapun tujuan asas legalitas yaitu: a. Melindungi warga negara dari perbuatan yang sewenang-wenang dari negara; b. Melindungi kemerdekaan individu terhadap tindakan sewenang-wenang pemerintah negara; c. Melindungi kemerdekaan individu terhadap tindakan yang sewenang-wenang; d. Merupakan ekspresi legal positivism dalam hukum pidana. (Hiariej E.O.S, 2009)

KUHP Indonesia asas legalitas tercantum pada Pasal 1 ayat (1) KUHP yang merupakan asas legalitas formal. Pasal tersebut pada intinya menyatakan bahwa: tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan yang ada pada saat tindak pidana tersebut dilakukan. Untuk menjatuhkan pidana terhadap pelaku, harus ada peraturan yang menyatakan perbuatan tersebut dijatuhi pidana terlebih dahulu. Makna asas legalitas secara rinci dikemukakan oleh Schaffmeister, Keijzer, dan Sitorius sebagaimana dikutip oleh Eddy O.S Hiariej: a. Seseorang tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang; b. Tidak ada penerapan undang-undang berdasarkan analogi; c. Seseorang tidak dapat dipidana berdasarkan kebiasaan; d. Tidak boleh ada

perumusan delik yang kurang jelas; e. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana (non retroaktif); f. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan dalam undang-undang; g. Penuntutan pidana hanya boleh dilakukan menurut cara yang ditentukan dalam undang-undang (Hiariej E.O.S, 2009)

Penggunaan asas legalitas dapat berkaitan dengan hukum pidana materiil maupun hukum pidana formil. Hal ini karena penerapan hukum pidana seperti memotong daging sendiri (*Het strafrecht, zo zegt men snijdt in eigen vlees*). (Muladi, 2008). Penerapan pidana disatu sisi menegakan hak asasi manusia dari korban yang terlanggar oleh pelaku. Namun disisi lain penerapan pidana mengekang hak asasi manusia pelaku kejahatan itu sendiri. Oleh karena itu perlindungan kepentingan individu walaupun sebagai pelaku tindak pidana harus tetap diperhatikan. Asas legalitas merupakan salah satu cara untuk melindungi kepentingan individu dari proses hukum yang sewenang-wenang sebagai konsekuensi dari penerapan pidana terhadap pelaku. Menurut M. Ja'far Habibzade: "*The legality principle protect individual security by ensuring basic individual liberties against the arbitrary and unwarranted intrusion of state*" (Habibzade, M., 2017). Pada negara-negara yang menerapkan *due process model* dalam sistem peradilan pidananya, penggunaan asas legalitas dapat melindungi hak asasi manusia dari kesewenang-wenangan aparat penegak hukum. (Muladi, 2008). Namun *due process model* tersebut bukan berarti tanpa cacat, karena penegakan hukum pidana membutuhkan kemampuan yang memadai dan konsistensi dari aparat penegak hukum untuk memahami karakteristik dan bangunan hukum pidana yang tepat (Sahabuddin, 2014). Disinilah fungsi hakim dalam memutus perkara di pertaruhkan. Kepentingan terhadap perlindungan hak asasi manusia yang terkandung dalam asas legalitas ini linier dengan fungsi negara yang harus melindungi warga negaranya. Hal ini yang menyebabkan keberadaan asas legalitas tetap dipertahankan dalam hukum pidana dengan segala kelemahannya.

Penguatan eksistensi hukum kebiasaan secara linier akan memperlemah

asas legalitas. Beberapa contoh putusan pengadilan yang penulis kemukakan pada bagian pendahuluan mengindikasikan hukum pidana adat yang diterapkan dalam kasus tersebut dapat menyelesaikan kasus yang ada, meskipun putusan tidak berdasarkan hukum tertulis. Hukum tertulis yang selaras dengan asas legalitas bersifat formalistik, sehingga sulit untuk dapat menyesuaikan dengan situasi dan kondisi masyarakat Indonesia yang plural dan dinamik. Sifat formal ini justru memperlemah hukum dalam menjalankan fungsinya sebagai penjaga ketertiban dan pengayom masyarakat. Sifat ini dapat mengganggu kinerja penegak hukum. Menurut Satjipto Rahardjo sifat formalitas yang melekat dalam paradigma positivisme merupakan salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas aparat penegak hukum (Sahabuddin, 2014), karena tidak dapat menterjemahkan nilai-nilai keadilan yang dikehendaki masyarakat.

Oleh karena itu asas legalitas harus dapat mengakomodir keduanya yaitu dapat sebagai perlindungan atas kesewenang-wenangan penegak hukum dan dapat menyelesaikan kasus yang ada dimasyarakat namun tidak diatur dalam perundangan. Sehingga untuk menyatakan suatu tindak pidana dengan menggunakan asas legalitas formal; dan untuk mengakomodir hukum yang hidup dimasyarakat dengan menggunakan asas legalitas material. Landasan legalitas meliputi sumber hukum formal (sumber kekuasaan formal yaitu negara atau undang-undang); dan sumber hukum material (sumber kekuasaan dari masyarakat atau hukum tidak tertulis). (Barama. M, 2011)

Perluasan asas legalitas formal ke arah perumusan material, dalam implementasinya telah dilaksanakan oleh pengadilan negara dan pengadilan adat. Dipertegas pula dalam Rancangan KUHP 2015 yang telah mengintrodusir delik adat atau hukum kebiasaan dalam peraturan yang bersifat formal. Paham individualistis liberalistis yang ada dalam asas legalitas formal tidak sesuai lagi dengan pemikiran bangsa Indonesia yang menjaga keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan; kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Rancangan

KUHP 2015 yang mempertegas eksistensi delik adat menjadikan perbuatan yang melanggar nilai-nilai yang hidup di masyarakat yang tiada bandingnya berdasarkan KUHP memiliki landasan untuk memprosesnya. (Suartha, 2015) Namun kelemahan dalam asas legalitas materiil adalah dalam pemidanaan terhadap hukum yang hidup di masyarakat menjadi wewenang negara yang bersifat mutlak, sehingga dapat mencederai kepastian hukum maupun asas kemanfaatan hukum yang hidup di masyarakat. Kepastian hukum berkaitan dengan beragamnya hukum adat, sehingga memungkinkan orang tidak mengetahui adanya hukum adat tetapi dapat dijatuhi pidana berdasarkan peraturan yang formal. Demikian pula terhadap pemidanaannya belum tentu sesuai dengan harapan masyarakat adat. (Tabiu & Hiariej, 2015)

Menurut penulis penerapan asas legalitas formal dan materiil bersifat kontekstual dan alamiah, dimana fungsi formalitas perundang-undang harus dibatasi dengan kepentingan masyarakat. Tidak semua yang bersifat formal untuk delik adat diselesaikan melalui pengadilan negara. Jika kasus dapat diselesaikan melalui pengadilan adat maka negara tidak perlu hadir. Hal ini dibatasi untuk kasus yang berkaitan dengan tindak pidana kesusilaan. Fungsi hukum formal yang diwakili oleh pengadilan negara bersifat ultimum remedium yaitu sebagai sarana terakhir jika terhadap delik adat tidak dapat diselesaikan melalui pengadilan adat. Artinya pada kasus tertentu fungsi materiil lebih diutamakan. Selain itu tidak semua subyek hukum yang melanggar dapat dikenai delik adat. Penerapan asas legalitas materiil, dibatasi subyek hukumnya, yaitu terhadap subyek hukum yang dikenai yurisdiksi masyarakat adat dimana hukum adatnya dilanggar.

Di introdukirnya hukum kebiasaan atau delik adat dalam pengadilan di Indonesia, mengindikasikan jiwa bangsa Indonesia yaitu Pancasila sudah mulai diimplementasikan dalam kehidupan masyarakat. Dalam perspektif sejarah bangsa Indonesia, pernah mengalami penjajahan oleh bangsa Eropa selama 3,5 abad. Sehingga menyebabkan sistem hukum yang kita bangun dipengaruhi

bangsa Eropa terutama Belanda. Belum banyak yang kita kembangkan dari hukum yang berasal dari jiwa bangsa Indonesia yaitu Pancasila. Pancasila sebagai falsafah dan pandangan hidup bangsa Indonesia memiliki lima dasar atau lima sila merupakan jiwa bangsa (*volkgeist*) dari bangsa Indonesia. Oleh karena itu karakteristik negara hukum Pancasila terletak pada pelaksanaan negara hukum yang didasari pada sila-sila Pancasila. (Wijaya, 2015). Menurut B. Arief Sidharta, pendiri negara Republik Indonesia telah menetapkan Pancasila sebagai asas negara, maka Pancasila ditetapkan sebagai landasan kefilosofan bagi pembinaan dan penyelenggaraan hukum di Indonesia. (Sidharta. B.A, 2007) Dalam kaitan ini hukum harus bersifat progresif untuk melakukan perubahan menyesuaikan dengan jiwa dan kehidupan bangsa Indonesia.

Indonesia merupakan salah satu negara yang menggunakan sistem hukum campuran (*Mixed System*), yaitu berlakunya hukum berdasarkan perundang-undangan, hukum Islam dan Hukum Adat. Hal ini karena, Indonesia sebagai negara timur masih memegang teguh adat ketimuran yang sangat sensitif dengan perbuatan yang bertentangan dengan nilai moral, agama, dan kesusilaan masyarakat (Haryadi, 2012). Hukum adat atau hukum yang hidup dimasyarakat diakui eksistensinya berdasarkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951. Dalam praktek terdapat beberapa putusan yang telah mengakomodir eksistensi delik adat. Apresiasi terhadap delik adat pada dasarnya telah dilaksanakan oleh lembaga peradilan di Indonesia. Penerapan delik adat yang berdasarkan hukum kebiasaan di masyarakat, menutupi kelemahan yang ada didalam hukum yang bersifat modern.

Berkembangnya hukum yang seiring dengan kebiasaan dan kehidupan masyarakat, berakibat pada tujuan hukum mengalami perubahan pula. Indonesia sebagai salah satu negara di dunia, memiliki tujuan hukum yang bersifat kedamaian bersama atau harmonisasi (*Peace living together*). Tujuan hukum untuk mencapai keharmonisan ini terkandung dalam hukum yang berdasarkan Pancasila.

C. Simpulan

Berdasarkan pembahasan pada bagian tersebut di atas, maka dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Delik adat yang bersumber dari hukum kebiasaan atau hukum adat mendapatkan tempat yang diakui dalam hukum formal di Indonesia. Eksistensi delik adat dibuktikan dengan penerapan delik adat dalam pengadilan adat maupun pengadilan formal, dan diintroduksinya delik adat sebagai dasar pemidanaan beserta sanksinya dalam hukum formal yaitu Konsep KUHP 2015.
2. Untuk dapat mengakomodir delik adat, maka asas legalitas diperluas penerapannya, yang meliputi asas legalitas formal dan material. Namun penerapan asas legalitas material dengan pembatasan tertentu, yaitu: a. bersifat kontekstual dengan melihat situasi dan kondisi masyarakat adat; b. pidana yang dijatuhkan menjunjung tinggi hukum adat dan tidak bertentangan dengan Pancasila; c. dibatasi subyek hukumnya, yaitu masyarakat yang terkena yurisdiksi hukum adat yang dilanggar, d. bersifat premum remedium terhadap kasus tertentu. Sehingga dimungkinkan untuk membentuk kompilasi delik adat sebagai pedoman bagi penegakan hukum pidana.

DAFTAR PUSTAKA

- Anjari, W. (2015). Eksistensi Hukum Pidana Adat (Delik Adat) Dalam Pembaharuan KUHP. *Jurnal Indigenious Law Review*, Vol.1 Maret
- Arief, BN. (2014). *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Jakarta: Kencana.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN). (2012). Jakarta; BPHN
- Christianto, H. (2011). Penafsiran Hukum progresif Dalam Perkara Pidana. *Mimbar Hukum*, Volume 23 (No.3 , Oktober)
- Freeman, M.D.A. (2014). *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. London: Thomson Reuters.
- Haryadi, D. (2012). Kebijakan Penanggulangan Tindak Pidana Perkosaan di Transportasi Umum, *Jurnal Kebijakan Dan Administrasi Publik*, Vo.16, No.1 Mei
- Hiariej, E.O.S. (2009). *Asas legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*. Jakarta: Erlangga
- Michel Barama, Kontribusi Putusan Pengadilan,
- Muladi. (2008). *Lembaga Pidana Bersyarat*. Alumni: Bandung.
- Mulyadi, L. (2013). Eksistensi Hukum Pidana Adat di Indonesia: Pengkajian Asas, Norma, teori, Praktek, dan Prosedurnya. *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol.2 No.2 Juli
- M. Ja'far Habibzade, Tarbiat Modarres University. www.legalserviceindia.com/articles/Iranianlegalsystem.htm, diakses 21 April 2017
- Putuhena, M I. (2013). Politik Hukum Perundang-Undangan: Mempertegas Reformasi Legislasi Yang Progresif. *Jurnal Rechvinding*, Vol.2 No.3, Desember
- Sahabuddin, S. (2014). Model) Reorientasi Kebijakan Kriminal Dalam Menyelesaikan Kasus Ringan (Dari *Due Process Model* ke *Reintegrative Model*), *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 14, No.1 Januari
- Sidharta,BA. (2007). *Risalah Sidang Perkara Nomor 2/PUU-V/2007 dan Perkara Nomor 3/PUU-V/2007*. Jakarta: Mahkamah Konstitusi
- Suartha, IDM. (2015). Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, *Jurnal Yustisia*, Vol.4, No.1 Januari-April
- Subarkah. (2015). *Implementasi Hukum Progresif Dalam pembangunan Berkelanjutan Ekologi*. *Jurnal Yudisial* Vol.8 Nomor 3 Desember
- Syamsudin, M. (2011). Konstruksi Pola Pikir Hakim Dalam Memutus Korupsi Berbasis Hukum Progresif. *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 11 No. 1 Januari
- Tabiu, R & Hiariej, E O S. (2015). Pertentangan Asas Lagalitas Formil dan Materiiil Dalam Rancangan Undang-Undang KUHP, *Jurnal Penelitian Hukum*, Vol.2, No.1